so war dies nichts weiter als eine Anwendung der, sonst überall befolgten Regel: agere non valenti non currit praescriptio.

XXIV.

Ueber das Verbot der Veräußerung einer im Proceß befangenen Sache.

Von Herrn Oberappellationsrath Spangenberg in Celle.

Schon nach älterem römischen Rechte war die Veräußerung einer wirklich [1]) im Rechtsstreite befangenen Sache unerlaubt, und ohne Wirkung, wie aus dem Pandectentitel de litigiosis, und aus den dort excerpirten Stellen aus Ulpian und Gajus erhellt. Der im Processe obsiegende Theil konnte daher die veräußerte Sache von dem dritten Erwerber zurückfordern [2]); und der dritte Erwerber, wenn er wissentlich eine rem litigiosam erworben hatte, war außerdem der poena litigiosi unterworfen [3]).

Das neuere und neueste römische Recht bestätigte diese Grundsätze, jedoch mit einigen Nebenbestimmungen.

Die c. 2. C. VIII. 37. *de litigiosis* verfügte: Lite pendente actiones, quae in judicium deductae sunt, vel res, pro quibus actor a reo detentis intendit, in conjunctam personam vel extraneam *donationibus*, vel

1) Ein bloßes Verbot der Veräußerung reichte nicht hin. Fr. 1. D. XLIV. 6. de litigiosis. S. überhaupt *Voet* ad Pand. d. tit. §. 1—3.

2) Fr. 1. 2. D. eod.

3) Fr. 4. D. eod.

cruptionibus, vel quibus libet *aliis contractibus* minime transferri ab eodem actore liceat; tanquam *si nihil factum sit*, lite nihilominus peragenda. Sie erneuerte mithin das bestehende Verbot der Veräußerung, und wollte außerdem, daß, gleichsam als wenn solche gar nicht vorgefallen sey, der Rechtsstreit fortgesetzt und beendigt werden solle, weil natürlich dem obsiegenden Theile immer die Anforderung der veräußerten Sache offen blieb.

Noch wichtiger war die Verfügung der c. 4. eod., welche dahin geht: Censemus, ut si quis lite pendente vel actiones vel res, quas possidet, ad alium quendam transtulerit, sive *scientem*, sive *ignorantem*, vitio litigiosi contractus subjacere, distinctione quadam inter contrahentes observanda, ut si quis *sciens* vel ad venditiones, vel ad donationes, seu alios contractus accesserit (also der dritte Erwerber), cognoscat, se compellendum, non tantum rem redhibere, sed etiam pretio ejus prisari, non ut lucro cedat ei, qui rem alienavit, sed ut etiam alia tanta quantitas, ab eo fisci juribus inferatur. Si autem *ignorans* rem litigiosam emerit, vel per aliam speciem contractus eam acceperit; tunc *irrita rei alienatione facta*, pretium cum alia tertia parte recipiat.

Die Poena litigiosi wurde also dahin bestimmt, daß der dritte Erwerber, wenn er um die Litigiosität der erworbenen Sache wußte, dieselbe herausgeben, und den Werth derselben außerdem an den Fiscus erlegen mußte, wogegen der Veräußerer für den Fall, daß der dritte Erwerber nichts von deren Litigiosität gewußt hatte, und ihr zu Folge die Sache dennoch an den obsiegenden Theil herausgeben mußte, den empfangenen Preis oder dessen Werth, nebst noch einem Drittheile desselben, und den dritten Erwerber zu zahlen hatte. Ausgenommen von den Verfügungen dieser Verordnung waren diejenigen qui vel dotis nomine vel ante nuptias donationis, vel transactionis, aut divisionis

rerum haereditariarum factae, vel per legati, vel per fideicommissi causam tales res vel actiones dederint, vel acceperint.

Alle diese Verfügungen wurden in der 112ten Novelle von neuem bestätigt, nur daß der Begriff einer res litigiosa, als einer wirklich schon in einem Rechtsstreite befangenen Sache, festgesetzt, und einige specielle Bestimmungen über die Befugnisse der Erben der streitenden Theile gegeben wurden. Sancimus, heißt es in derselben, litigiosam dici et intelligi rem mobilem, seseque moventem, de cujus dominio causa inter petitorem et possidentem movetur, aut per judiciarium conventionem, aut per preces principi oblatas, insinuatas judici, ac per eum adversario interpellatoris cognitas, in his enim casibus etiam *praeteritam constitutionem mansuetudinis nostrae* (es ist die c. 4. cit.) *posthac volumus obtinere*, in qua scientes et ignorantes emptores discernimus.

Bei diesen klaren und deutlichen Verfügungen der römischen Gesetze, ist es fast unbegreiflich, wie einige deutsche Practiker die Anwendbarkeit des in denselben vorgeschriebenen Verbots der Veräußerung in Streit befangener Gegenstände (natürlich kann von der poena litigiosi nicht weiter die Rede seyn!) haben läugnen, oder wenigstens jene Vorschriften durch in denselben nicht liegende Distinctionen haben umgehen wollen. Einigermaßen verleitet hierzu wurden sie durch die französische und holländische Praxis.

In Frankreich ist bekanntlich das römische Recht nie so rein recipirt worden, wie in Deutschland. Die schon in den frühesten Zeiten vollkommener befestigte gesetzgebende Gewalt der französischen Könige, und die ausgebildetere Gestalt der dortigen Landrechte, die sich schon sehr früh in förmlichen Redactionen der Provincial- und Localstatute zu Tage legte, setzte dem Eindringen des römischen Rechts einen stärkern Damm entgegen, als es je bei dem zersplitterten Rechtszustande in Deutschland, der nur kümmerlich durch eine Reichs-

gesetzgebung und auch dieses nur einigermaßen zusammengehalten wurde, geschehen konnte. In ganzen Landestheilen, den Pays du droit coutumier gewann das römische Recht fast gar keinen Eingang, und in denen, wo es Eingang fand, den Pays du droit écrit, sind ganze Titel des römischen Rechtsbuchs nie zur Gültigkeit gekommen [4]). Hierher gehörten auch die Titel de litigiosis, wie solches schon einer der ältesten Französischen Praktiker Imbert [5]), bezeugt, und auch durch den Code Napoléon anerkannt worden ist, nach dessen Art. 1699 und 1700 die Cession einer litigiösen Forderung ausdrücklich gestattet wird. Nur nach dem ältern französischen Rechte bedurfte es zu deren Gültigkeit einer besonders auszuwirkenden königlichen Autorisation.

Gleiche Verhältnisse fanden in Holland statt; auch da war der Titel de litigiosis nie gültig geworden, sondern durch ein wahres Gewohnheitsrecht von jeher außer Kraft gesetzt [6]); weshalb denn auch die holländischen Rechtsgelehrten in ihren Commentarien über die Pandekten sich nur dubitativ über die heutige Anwendbarkeit jener römischen Gesetze äußern, wie z. B. Wissenbach und Voet [7]).

Gestützt auf Folgerungen aus jener französischen und holländischen Praxis, und unbekümmert darum, daß in Deutsch-

4) S. meine Einleitung in das Römisch Just.Rechtsbuch S. 103.

5) Enchiridion ou bref recueil du droit escript, gardé et observé ou abrogé en France. Ich benutze die Ausgabe von 1603. 4. Vergl. auch *Limnaei* notitia regni Franciae, *Autonne* Conference du droit français avec le droit romain, und *Bugnyon* legum abrogatarum et inusitatarum in terris Franciae tractatus. Ed. *Christyn*. Brüssel. 2 Bde. 1666. 1671. 4.

6) *Groeneweyen* de legib. abrogatis. ad tit. Cod. de litigiosis; *Hugon. Grotii* Inleiding tot de hollandsche Regtsgelaardheit, L. III. cap. 14. nro. 21.

7) *Wissenbach* ad Pand. Vol. II. Disp. 25. nr. 26. *Voet* ad Pand. XLIV. 6. §. 3.

land das römische Recht viel reiner und unbedingter recipirt worden ist, als in jenen Ländern, waren es Struv [8]) und Berger [9]), welche jener holländischen Lehre auch in Deutschland Eingang zu verschaffen suchten, und ihnen trat bald darauf Augustin von Leyser [10]), der bekannte Begründer einer sich von den strengern römischen Rechtsprincipien entfernenden, sogenannten billigen Praxis, bei. Leyser stützte überdies seine Meinung über die Nichtanwendbarkeit der römischen Vorschriften über die verbotene Veräußerung der rerum litigiosarum, auf das römische Recht selbst, indem er sich darauf bezog, daß es nach fr. 4. §. 1. D. IV. 7. *de alienat. jud. mutand. causa*, dem Besitzer einer Sache freistehe, sich derselben, damit er wegen derselben nicht in öftere Processe verwickelt werde, zu entäußern. Außerdem aber, meinte er, hätten jene Vorschriften den kurzen römischen Proceßgang vorausgesetzt; da nun aber in Deutschland das Proceßverfahren so lange dauernd geworden sey, so würde dadurch die Dispositionsfähigkeit des Besitzes einer res litigiosa, auf eine so lange Zeit beschränkt, daß es höchst unbillig seyn würde, solche bis nach dem Ausgang des über dieselbe obschwebenden Processes aufzuschieben.

Leysers Ansicht gewann auch bald an Gewicht, indem ihr ausdrücklich von Pufendorf [11]) und Hommel [12]) beitraten, jedoch unter der Modification, daß sie zwar an

8) Exercit. ad Pand. 46. nro. 44.

9) Oeconom. jur. L. III. tit. 5. §. 5. not. 22. Auch gehören noch hierher *Consil. Marpurgensia.* Vol. IV. Cons. 20. nro. 98. Claproth Rechtswissenschaft von vorsichtiger und richtiger Eingebung der Verträge, Th. II. §. 278. Das Preuß. Landrecht Th. I. Tit. 11. §. 383. gestattet gleichfalls die Abtretung schon rechtshängiger Sachen.

10) Spec. 518. med. 1. 2.

11) Tom. IV. obs. 201.

12) Rhapsod. nr. 684.

und für sich das römische Verbot der Veräußerung einer res litigiosa für gültig anerkannten, aber doch nur für den Fall, als dadurch dem Anforderer der im Rechtsstreite befangenen Sache ein mächtigerer oder schwerer zu bekämpfender Gegner vorgeschoben, und mithin dem ersten seine Rechtsbefugnisse gekränkt würden. Wäre aber solches nicht der Fall, so sey die Veräußerung der res litigiosa allerdings gültig und erlaubt.

Dagegen hat es aber nie an Rechtslehrern gefehlt, welche dessen ungeachtet die Anwendbarkeit jener gesetzlichen Vorschriften für Teutschland behauptet, und ohne in die Distinctionen von Pufendorf's und Hommel's hineinzugehen, dafür gehalten haben, daß jede Veräußerung einer res litigiosa ungültig und unwirksam sey. Beispielsweise nenne ich von ältern Rechtslehrern Frantzke [13]), Beyer [14]) und Mevius [15]), von neuern Thibaut [16]) und Mühlenbruch [17]).

Ich läugne es nicht, daß deren Ansicht mir unbedingt den Vorzug zu verdienen scheint.

Zuerst fällt es in die Augen, daß ihnen die deutlichen und unumwundenen Worte der oben aufgeführten und gesetzlichen Stellen zur Seite stehen.

Dann aber scheinen mir die Argumente der Gegner keinesweges dasjenige darzuthun, was sie beweisen sollen.

Von dem französischen und holländischen Gerichtsgebrauch läßt sich kein Schluß auf den deutschen machen, da ersterer auf ganz eigenthümlichem Grunde beruht, wie oben angedeutet worden ist; ein deutscher Gerichtsgebrauch ist aber schon

13) Resolut. L. I. qu. 11.
14) Delineat. Pand. tit. de litigios. nro. 9. 10.
15) P. IV. Decis. 350.
16) Pandektensyst. (1814) §. 77.
17) Cession der Forderungsrechte §. 31. a E. S. auch Schweppe röm. Privatr. (1822) §. 162. a.

aus dem einzigen Grunde nicht denkbar, weil sich hier ein Widerspruch ebenso bewährter Schriftsteller findet.

Was nun zuerst die Leyserschen Gründe anbetrifft, wodurch er seine Ansicht darzuthun gesucht hat, so stellen sie sich als durchaus unhaltbar dar.

Er verwechselt nämlich die res litigiosa im gesetzlichen Sinne der Novelle 112, nach welcher sie als eine Sache, über die bereits ein Proceß anhängig, derselbe aber noch nicht entschieden ist, bezeichnet wird, mit einer Sache, die ehemals im Processe befangen war, welcher jedoch zu Gunsten des Besitzers entschieden war, und in deren Hinsicht der Besitzer nur fürchtet, für die Zukunft in weitere Processe verwickelt zu werden. Die Aufgebung der letztern war erlaubt, wogegen die Veräußerung der erstern verboten war. Potest autem aliquis, sagt fr. 4. §. 1. Dig. IV. 7. *de alienatione judicii mutandi causa facta*, dolo malo desinere possidere, nec tamen judicii mutandi causa fecisse, nec hoc edicto teneri, neque enim alienat, qui duntaxat omittit possessionem. Non tamen ejus factum improbat Praetor, qui tanti habuit re carere, *ne propter eam saepius litigaret;* haec enim verecundia cogitatio ejus, qui lites exsecratur, non est vituperanda, sed ejus duntaxat, qui cum rem habere vult, litem ad alium transfert, ut molestum adversarium pro se subjiciat. Von noch wenigerm Gewicht ist sein zweites Argument, daß die Vorschrift der c. 4. C. *de litigiosis* um deswillen unanwendbar sey, weil sie den kurzen römischen Proceßgang voraussetze, wogegen bei dem schleppenden deutschen Proceßverfahren es sehr unbillig seyn werde, durch die Anwendung derselben das Dispositionsrecht des Besitzers über die res litigiosa auf lange Zeit zu verschieben; denn aus diesem Grunde bestimmte gesetzliche Vorschriften für unanwendbar zu erklären, kann nicht anders als bloße Willkühr genannt werden.

Von mehrerem Anschein sind dagegen die Ansichten von

Pufendorf's und Hommel's; daß zwar die Vorschrift der c. 4. C. *de litigiosis* allerdings noch geltend sey, jedoch nur für den Fall, daß durch die Veräußerung der res litigiosa dem Anforderer der Sache ein mächtigerer Gegner vorgeschoben, und dadurch dem erstern die Verfolgung seines Rechts erschwert werde. Dieses zu verhüten, meinen sie, sey Grund des Gesetzes gewesen, und wenn mithin in dem einzelnen Falle solcher nicht eintrete, so falle auch die Vorschrift des Gesetzes hinweg.

Anscheinend wird diese Ansicht, sowohl durch die Schlußworte des eben angeführten fr. 4. §. 1. D. *de alien. jud. mut. causa*, „litem ad alium transfert, *ut molestum adversarium pro se subjiciat*“, als auch durch den Inhalt des fr. 3. D. XLIII. 7. *de litigiosis*, welcher dahin geht: Rem de qua controversia est, prohibemus in sacrum dedicare, alioqui dupli poenam patimur, nec immerito, ne liceat eo modo *duriorem adversarii conditionem facere*. Sed duplum, utrum fisco an adversario praestandum sit, nihil exprimitur. Fortassis autem magis adversario, ut id veluti solatium habeat pro eo quod *potentiori adversario traditus est*.

Ich halte sie dessenungeachtet für unhaltbar. Es ist zwar eine bekannte Regel, daß eine Cessio in potentiorem unwirksam seyn solle [18], aber diese bezieht sich gleichfalls nur auf einen Gegenstand, in dessen Hinsicht der Besitzer zwar einen Rechtsstreit fürchtet, oder voraussieht, nicht aber auf einen Gegenstand, der bereits wirklich im Processe befangen ist. Die Cession des erstern ist im Allgemeinen durchaus erlaubt, wenn sie nicht geschieht, um durch Vorschiebung eines mächtigern Gegners den Anforderer der Sache in eine schwierigere Lage zu versetzen, oder um die Competenz des ursprünglich zuständigen Gerichts zu umgehen; die

18) C. 2. C. II. 14. *ne liceat potentior.* Glück Pandekten XVI. §. 1021. Mühlenbruch a. a. O. §. 30.

Veräußerung des letztern dagegen unbedingt verboten. Der Grund dieses Verbots lag aber nicht in der Voraussetzung, daß die Cessio an einen Potentior geschehen sey, sondern darin, daß es unbedingtes Gebot im römischen Processe war, ut pendente lite nihil innovetur. Man kann daher auch nicht sagen, quod cessante ratione legis, cessat dispositio, da der von jenen Rechtslehrern der c. 4. untergeschobene Grund, ein falscher ist. Dieses erhellt ganz klar aus der Verfügung der c. 2. C. *de litigiosis*. Nach derselben soll ohne Rücksicht auf die geschehene Veräußerung der res litigiosa, der Rechtsstreit zwischen dem Besitzer und Anforderer der Sache fortgesetzt und beendet werden; weil pendente lite jede innovatio, und also auch jene Veräußerung als nicht existirend betrachtet werden soll, und so folgt auch wiederum hieraus, daß ein Vorschieben eines mächtigern Gegners durch jene Veräußerung nicht einmal denkbar war, da der Rechtsstreit durch dieselbe nicht auf jenen übergehen, mithin die Eigenschaften der streitenden Theile nicht verändert werden konnten.

Dieser Ausführung steht auch fr. 3. D. de religiosis nicht entgegen, da es Bestimmungen über einen einzelnen Fall enthält, aus denen keine allgemeine Regel abgeleitet werden kann. Widmet nämlich jemand eine res litigiosa in sacrum, so soll er dem Anforderer der Sache das duplum des Werths erstatten, wenn dieser im Processe obsiegt; zu einigem Ersatze dafür, daß er ihm dadurch einen adversarius potentior vorgeschoben hat. Diese Bestimmung beruht nämlich darauf, daß die res litigiosa durch die dedicatio in sacrum, welche zur Ehre der Religion stets aufrecht erhalten wurde, extra commercium gesetzt wurde, und der Anforderer derselben nie dieselbe in natura, sondern nur ihren Werth verlangen konnte [19]; sie ist also ganz und gar speciell, und kann nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden.

---

19) Fr. 7. pr. D. XI. 7. *de religiosis*.

Die völlige Anwendbarkeit der deutlichen Vorschrift der römischen Gesetze, welche die Veräußerung und Cession einer res litigiosa unbedingt für unwirksam erklären, scheint mir daher mit Grunde Rechtens nicht bezweifelt werden zu können.

XXV.

Ueber das Stellgeschäft.

Von Herrn Dr. J. G. F. Böhmer, Advocaten zu Frankfurt a. M.

Bei Bearbeitung des vorliegenden Aufsatzes, welcher als ein Nachtrag zu der Bender'schen Schrift [1]) zu betrachten ist, konnte der Verfasser nur Nachrichten benutzen, welche ihm Kaufleute mittheilten. Proceßschriften, sonst eine sehr ergiebige Quelle für die Kenntniß des Handels, standen ihm nicht zu Gebot, da das Stellgeschäft, soviel er weiß, noch nicht Gegenstand eines Rechtsstreites geworden ist.

Oft ereignet es sich in der kaufmännischen Welt, daß zwar eine bedeutende Veränderung im Preise der Staatspapiere vorherzusehen ist, daß man aber mit Sicherheit nicht angeben kann, ob die zu erwartende Veränderung in einem Steigen oder Fallen bestehen werde. Diese Unbestimmtheit hat öfters in der Ungewißheit über den Ausgang eines wichtigen politischen Ereignisses ihren Grund. So hing, um ein recht auffallendes Beispiel anzuführen, im Jahr 1823 das Schicksal der Staatspapiere von dem glücklichen oder unglücklichen Ausgange des französisch-spanischen Krieges ab.

1) Ueber den Verkehr mit Staatspapieren in seinen Hauptrichtungen. Heidelberg 1825 (als Beilageheft zum 8. Band des Archivs für die civilistische Praxis).